



Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0)

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the [license](#). [Advertencia](#).

Usted es libre de:

Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

Adaptar — remezclar, transformar y construir a partir del material para cualquier propósito, incluso comercialmente.

La licenciente no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia



Bajo los siguientes términos:



Atribución — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciente.

No hay restricciones adicionales — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia](#).

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

Acceso a elementos materiales probatorios por parte de la defensa técnica y material en la etapa preliminar del proceso penal acusatorio en Colombia regido por la Ley 906 de 2004.

Access to material evidence by the technical and material defense in the preliminary stage of the accusatory criminal process in Colombia governed by Law 906 of 2004.

Sirley Paola Toro Restrepo¹

Resumen.

El modelo de enjuiciamiento penal que rige en Colombia tuvo su génesis con la promulgación del Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual el legislador decidió reformar los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de 1991 y a su vez se implementó el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

Dicho sistema de enjuiciamiento penal, la doctrina aceptada y los precedentes jurisprudenciales han sido coherentes en establecer que, el derecho a la defensa representa uno de los pilares de la sistemática procesal acusatoria.

El derecho a la defensa se integra desde el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y en el artículo 8 de la ley 599 de 2000, artículos que establecen que la persona que se ve enfrentada a un proceso penal tiene derecho a la defensa material y técnica. En ese sentido se instala una premisa inicial, importante para resolver el problema jurídico propuesto en este artículo, El derecho de defensa es intemporal, debe permanecer a lo largo de la actuación penal, no existiendo espacio donde la persona no pueda hacer efectiva dicha garantía constitucional.

La etapa preliminar de indagación en el proceso penal va encaminada a buscar si los hechos denunciados o que se investigan de oficio tienen la característica de delito, quien mejor tiene interés en participar de esa finalidad que el indiciado, ejerciendo desde el inicio del proceso una defensa ideal, en donde el indiciado tiene la oportunidad de ejercer la contradicción constitucional en todo momento y en cualquier fase, más aún cuando el derecho de defensa está diseñado para todo el proceso.

Palabras claves.

Defensa; Indagación; Preliminar; Publicidad; Garantía; Reserva; Igualdad; Colombia.

Abstract.

The criminal prosecution model that prevails in Colombia had its genesis with the promulgation of Legislative Act 03 of 2002, through which the legislator decided to reform

¹ Artículo resultado de investigación elaborado para optar por el Título de Abogado en la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría de la doctora Lady Andrea Beltrán Cárdenas, docente de la Facultad de Derecho.

Estudiante en proceso de grado del programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificado con código estudiantil 2110591 y correo institucional: Sptoro91@ucatolica.edu.co

articles 116, 250 and 251 of the 1991 Political Constitution and in turn implemented the Code of Criminal Procedure, Law 906 of 2004.

Said system of criminal prosecution, the accepted doctrine and the jurisprudential precedents have been consistent in establishing that the right to defense represents one of the pillars of the accusatory procedural system.

The right to defense is integrated from article 29 of the Political Constitution of Colombia and article 8 of Law 599 of 2000, articles that establish that the person who is faced with a criminal process has the right to material defense and technique. In this sense, an initial premise is installed, important to solve the legal problem proposed in this article, the right of defense is timeless, it must remain throughout the criminal proceedings, there being no space where the person cannot make effective said constitutional guarantee.

The preliminary stage of investigation in the criminal process is aimed at finding out if the facts denounced or investigated ex officio have the character of a crime, who has a better interest in participating in that purpose than the accused, exercising a defense from the beginning of the process ideal, where the defendant has the opportunity to exercise the constitutional contradiction at all times and in any phase, especially when the right of defense is designed for all the process.

Keywords.

Defending; Inquiry; Preliminary; Advertising; Warranty; Reservation; Equality; Colombia.

Sumario.

Introducción. 1. Epistemología del derecho de defensa. 1.1. El derecho de defensa en las estructuras del sistema penal acusatorio regido en Colombia por la Ley 906 de 2004. 1.2. el derecho de defensa integra el principio del debido proceso. 1.3. El derecho de defensa en la fase de indagación e investigación. 2. El derecho de defensa como garantía judicial reconocida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2.1. Principio de igualdad de armas como garantía del derecho de defensa. 2.2. Precedente Jurisprudencial de la Corte Constitucional que garantizan el derecho de defensa en la fase preliminar o de indagación; 3. Intemporalidad del derecho de defensa material y técnico en el proceso penal. 3.1. Facultad del indiciado de ejercer el derecho de defensa en la etapa de indagación ante la Fiscalía General de la Nación. Conclusiones. Referencias.

Introducción.

El derecho de defensa se encuentra enlistado como uno de los principios rectores del proceso penal con tendencia acusatoria en Colombia, el cual se consagra como una garantía universal que tiene eco en el artículo 8° de la ley 906 de 2004, en el artículo 8° de la Convención americana de derechos humanos y en el artículo 14° del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de dicha garantía se presumen dos características esenciales:

- Se ejerce en todo momento, por eso se dice que es intemporal.
- Esa intemporalidad hace que deba ser aplicado en cada una de las etapas que desarrollan un proceso sea judicial o administrativo, en el caso de los procesos que se desarrollan en Colombia, bajo la ley 906 de 2004.

Por regla general, las conductas delictivas realizadas dentro del territorio colombiano se adelantan a través del procedimiento penal establecido en el Acto Legislativo 03 de 2002, que a su vez fue materializado por la Ley 906 de 2004, el cual es de tendencia adversarial acusatoria, caracterizado por ser un sistema integrado por partes, el acusador, denominado Fiscalía y la otra parte, integrada por el acusado y la defensa.

En el sistema penal acusatorio implementado en Colombia, se introdujeron otros sujetos procesales denominados intervinientes especiales, reconocidos como el Ministerio Público y la víctima a quien la doctrina y la jurisprudencia le reconocen una cualificación de interviniente especial.

Según Reyes C. (2009). el concepto de partes e intervinientes se encuentra desarrollado en el título IV del estatuto procesal penal Colombiano, dicha norma en su artículo 113 y 118 indica que partes, se le denomina exclusivamente al Fiscal y la defensa, mientras que los intervinientes son aquellos sujetos procesales diferentes a ellos, como la víctima y el ministerio público; entendiendo “este sistema como un proceso de roles, en el cual los derechos y las garantías de los sujetos procesales e intervinientes varían según la pretensión que tiene cada actor dentro de este”. Bernal Castro, CA & Moya Vargas, MF (2015).

Dentro de dicho proceso penal acusatorio se establecieron tres fases, la de indagación, investigación y la fase de juzgamiento. La etapa de indagación es una etapa gestacional del proceso, que se fundamenta en la recolección de evidencia física, elemento material probatorio e información legalmente obtenida, idóneos para determinar si los hechos son constitutivos de delito, si dichas conductas ameritan la puesta en marcha del sistema y, si es del caso, poner en marcha las etapas subsiguientes del proceso penal, convocando al indiciado al acto de formulación de imputación y de ser procedente elevar ante el funcionario jurisdiccional la imposición de una de las medida de aseguramiento descritas en la norma, a una persona concreta e individualizada. La fase de juicio, es consumativa, en ella inicia con la audiencia de formulación de acusación, y en esta se desarrollan principalmente la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio oral. Al interior del proceso penal, surge el derecho a defenderse como una garantía universal que tiene eco tanto en la legislación interna, como en los tratados y convenciones internacionales.

En el presente régimen procesal, que exista una etapa sin que se materialice el derecho de defensa es una situación que desconoce la normativa externa acogida por Colombia a través del artículo 93 de la Constitución Política, también conocido como el Bloque de Constitucionalidad, ya que esta estipula que el derecho de defensa material y técnico es

intemporal, y en consecuencia debe garantizarse en todo momento, entiéndase, en todas las etapas en las que se desarrolle la actuación procesal penal , (indagación, investigación y juzgamiento).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en fallos como Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, el Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador ha hecho referencia de cómo debe garantizar el derecho de defensa, indicando que en un proceso penal ajustado a la Convención Americana de Derechos Humanos debe transcurrir sin que medie ningún espacio donde el indiciado, imputado o acusado no pueda hacer efectivo su derecho de defensa.

Permitir al indiciado acceder a los elementos materiales probatorios desde la indagación preliminar permitiría optimizar de mejor manera el rol acusador ejercido por la Fiscalía General de la Nación, lo anterior, garantizaría en la práctica el cumplimiento de los fines para los cuales fue implementado en Colombia el sistema penal con tendencia acusatoria, entre otros, el derecho a la contradicción y a probar, el cual se torna prevalente en la actuación penal. De igual manera, se incentiva el acceso a la justicia premial, pues quien tiene la calidad de indiciado, gozaría de la posibilidad de obtener beneficios, acordando con la Fiscalía General de la Nación la implementación del principio de oportunidad, establecer preacuerdos o aceptar los cargos de manera unilateral en la audiencia de imputación.

Para el presente artículo de investigación se empleó el método jurídico descriptivo, el cual consiste en la aplicación del método analítico a un tema jurídico procesal a fin de desarrollar y responder la pregunta problema planteada. En este trabajo de investigación los ejes temáticos se derivan de la doctrina, la jurisprudencia y la ley. En ese sentido, la especificidad del tema a desarrollar (el derecho de defensa en la etapa preliminar del proceso penal acusatorio) facilitó la metodología escogida, pues esta permite un análisis profundo del problema jurídico en todas sus dimensiones, estableciendo conexiones lógicas que permiten el desarrollo íntegro de la garantía judicial objeto de estudio.

1. Epistemología del derecho de defensa

Dentro del presente artículo de investigación es importante, abordar desde una perspectiva superior, el concepto que han desarrollado varios autores sobre el concepto de defensa; dicha proposición fue desarrollada de la siguiente manera; “el concepto de defensa es opuesto y complementario del de acusación. La defensa es oposición a la acción” (Carnelutti 1950, pág.110); contemporáneo a la definición anterior, se mencionó que la defensa “es la actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado” (Manzini, V. 1951, pág. 19). Otro autor de antaño, indicó que defenderse es “impedir, resistir y prevenir cualquier restricción injusta a la libertad individual, y al pleno ejercicio de los derechos que las personas tienen otorgados por el imperio del orden jurídico pleno” (Claría O. 2008, pág. 70).

Desde un punto de vista general, la doctrina contemporánea también se ha pronunciado sobre dicha garantía como “una garantía del debido proceso y demás requisitos

constitucionales, es a la vez un derecho, un poder y una actividad” (Vásquez J. 2006, pág. 150)

1.1. El derecho de defensa en las estructuras del sistema penal acusatorio regido en Colombia por la Ley 906 de 2004.

El derecho de defensa en el sistema penal acusatorio se encuentra regulado por normas externas y normas internas, las cuales lo abarcan desde distintas perspectivas, desde el artículo 29 de la Constitución Política que hace referencia al debido proceso, se indica que “quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”. (Art. 29 Constitución Política de Colombia, 1991).

En el mismo sentido, el artículo 8° de la ley 906 de 2004, sin marcar un límite temporal, indica que la persona tendrá derecho, en un campo de igualdad con la Fiscalía General de la Nación, entre otras garantías, a “Solicitar, conocer y controvertir las pruebas” (Literal J. Art. 8, ley 906 de 2004).

El artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, aborda el derecho de defensa en los procesos penales, desde el marco de las garantías judiciales, en ese sentido se ha dicho;

El Tribunal ha establecido que impedir que la persona ejerza su derecho de defensa, desde que se inicia un proceso que la involucra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona (Steiner C. & Uribe P. 2014 Pág. 232)

En similar sentido, el artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hace referencia a que la persona, en plena igualdad a su acusador, tiene derecho a estar presente durante todo el proceso que se adelante en su contra y a defenderse de la acusación presentada en su contra.

El estudio de la anterior normatividad indica que, el derecho de defensa técnico y material no puede ser cercenado, es decir debe ejercerse en todo momento, entiéndase, en todas las fases de la actuación procesal, (indagación, investigación y juzgamiento), no puede haber ningún espacio donde el indiciado, imputado o acusado no pueda materializar su derecho fundamental a defenderse, el derecho de defensa como garantía, “significa la existencia de medios de protección que aseguren el pleno y efectivo ejercicio de los derechos de que goza el imputado”. (Edwards C. 1996, pág. 102)

1.2.El debido proceso como garantía del derecho a defenderse.

El ejercicio de la defensa dentro de un proceso penal es un derecho fundamental que hace parte del debido proceso dispuesto en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos humanos; el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que en la normativa interna debe necesariamente ubicarse en el insoslayable contexto del artículo 29 de la Carta Política de 1991.

Lo anterior ha sido sostenido por la doctrina, al indicar que un proceso penal comprendido en los parámetros de lo ecuánime y equilibrado debe enmarcarse en lo indicado por el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14 del pacto internacional de derechos civiles y políticos, que, dentro de las denominadas garantías judiciales, encubre los requisitos o garantías al debido proceso penal (Díaz Ochoa & Roxin. 2019, pág. 51).

El derecho a defenderse dentro de un proceso penal, independientemente del sistema, es una manifestación que hace eco en las denominadas garantías judiciales que sin duda alguna repercute en la protección los derechos fundamentales.

El debido proceso en torno al derecho de defensa se materializa como manifestación de un Estado Social de Derecho, el cual se compagina con la dignidad humana, luego que el derecho a defenderse no tiene límite distinto a entender que se trata de una dignificación del ser humano intimidado por el aparato estatal, en ese sentido,

Comprende todas aquellas intervenciones que se le acuerda a los efectos de salvaguardar el contradictorio y la bilateralidad propia del sistema adversarial, que nace del debido proceso, el cual supone, en sustancia, que las decisiones judiciales deban ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, es decir, dándole oportunidad de defensa. (Jauchen, 2012, pág. 94)

En general, el derecho de defensa abarca múltiples facetas dentro del proceso, una de ellas, “la genuina controversia en torno al problema jurídico suscitado, cuya solución compete al juez; por otra, complementa el principio de investigación integral” (Corte Constitucional T-589, 19 de enero de 1999); además de “compensar las cargas en el proceso y lograr, en la etapa de juicio, una plena igualdad entre las partes”. (Corte Constitucional C-536, 28 de mayo de 2008)

En conclusión, el derecho de defensa analizado desde el principio del debido proceso contiene en su núcleo esencial garantiza que “quien sea sindicado tiene derecho a la defensa” (Art. 29 Const. Pol. 1991), garantía que se materializa, por ejemplo, informando a la persona sobre la existencia de una investigación penal en curso, lo anterior, a fin de que se tomen las decisiones oportunas, tendientes a materializar el derecho de defensa desde las etapas primigenias.

1.3. El derecho de defensa en la fase de indagación e investigación

El proceso penal está estructurado en etapas, la etapa de indagación es la primera de ellas, siendo el estado gestante del proceso, el cual se inicia con la noticia criminal y termina con la formulación de imputación, la cual se realiza ante el Juez de control de garantías.

Sobre esta etapa del proceso penal, Bernal C. & Montealegre (2015) han indicado que la Fiscalía General de la Nación como órgano instructor debe realizar las actividades propias que permitan la recolección de evidencia física, elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, con los que sustentará y determinará si los hechos puestos

en su conocimiento con la noticia criminal son constitutivos de delito, individualizar a la persona investigada y decidir si existe mérito para continuar con la acción penal, o por el contrario como titular de la acción penal decidir por el archivo de la investigación o solicitar la preclusión.

El artículo 66 de la ley 906 de 2004 indica que el titular de esta fase procesal y de toda la acción penal es la Fiscalía General de la Nación, “quien está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible” (Art. 66, Ley 906 de 2004). El único sujeto procesal que participa en la indagación es la Fiscalía General de la Nación, que en su calidad de ente acusador le corresponde identificar si el hecho denunciado existió, si este es delictivo y que existe un autor o partícipe que cometió dicho hecho delictivo, la noticia criminal se da por medio de una denuncia, querella, de oficio, o a petición especial (Creus C. 2010, pág. 53).

Así entonces, en lo que respecta al derecho de defensa en la etapa primigenia del proceso penal, se hace referencia en el estatuto procesal penal acusatorio interno, “la indagación será reservada. En todo caso, la Fiscalía podrá revelar información sobre la actuación por motivos de interés general” (Art. 212 B, ley 906 de 2004). El Código de Procedimiento Penal Colombiano, no permite al indiciado el acceso a las evidencias y elementos materiales probatorios, hasta que el proceso avance a la fase de juzgamiento, de esta manera la literatura jurídica interna reconoce la importancia del descubrimiento probatorio, pero desde la etapa de juicio, así se ha señalado:

El descubrimiento probatorio es la esencia del sistema adversarial consagrado en la ley 906 de 2004. Por esa razón, la Fiscalía debe suministrar, exhibir o poner a disposición de la defensa todos los elementos materiales probatorios, evidencia física y la información legalmente obtenida que posean como resultado de sus propias averiguaciones y que pretendan sean decretadas como pruebas y practicadas en el juicio oral en sustento de sus teorías del caso, de manera exclusiva en la audiencia de acusación (Botero N. 2017, pág. 423)

Obsérvese que el legislador estimó una etapa procesal exclusiva para que la Fiscalía General de la Nación realice el descubrimiento probatorio al binomio defensivo, esto es una vez se agote la audiencia de formulación de acusación siendo necesario reconocer que al indiciado en la fase de indagación e investigación no se posibilite ejercer en forma integral el derecho de defensa, luego que la norma procesal penal acusatoria ha blindado esta etapa de manera exclusiva al acusador no permitiéndole a la defensa técnica y material tener acceso a los elementos materiales probatorios, evidencia física y la información legalmente obtenida recaudadas en la indagación. En ese entendido, si “El derecho de defensa material y técnico es intemporal” Corte Constitucional C-799 de 2005), no puede haber ningún espacio donde

el indiciado, imputado o acusado no pueda hacer efectivo su derecho convencional a defenderse.

Así, entendiendo que el derecho de defensa, en criterio de la doctrina, se materializa cuando a la persona se le permite tener acceso, aclarar, controvertir y manejar la prueba, se plantea el siguiente problema jurídico ¿Se incurren en una violación del derecho de defensa técnica y material al no permitirle al indiciado el acceso a los medios de conocimiento recopilados por la Fiscalía desde antes de la presentación del escrito de acusación? el anterior interrogante será desarrollado en los acápites sucesivos.

2. El derecho de defensa como garantía judicial reconocida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El máximo órgano jurisdiccional interamericano se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el derecho de defensa como garantía judicial y la manera de ejercerla de forma intemporal, ha indicado este Tribunal convencional que el derecho de defensa en el ámbito internacional, está consagrado en los artículos 9º y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, desarrollado lo anterior por la jurisprudencia de la siguiente manera;

29. Ahora bien, el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto de este. (Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela)

Dicho criterio, ha sido reiterado en el mismo sentido en varios pronunciamientos, como en el Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr.154, Corte IDH. Así mismo, en el Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016, se hizo mención del derecho a la defensa de la siguiente manera

186. En relación con el artículo 8.2.c) de la Convención, ya se ha indicado que no consta que antes de brindar su “declaración presumarial” el señor Revelles fuera informado de las razones de la detención ni de los cargos en su contra. En las circunstancias del caso, ello menoscabó los medios que tuvo para preparar su defensa.

Es así como, la Corte Interamericana de Derechos Humanos admite que la defensa debería poderse ejercer de manera integral en el proceso penal, en todo momento, pues eleva esta prerrogativa como la garantía más valiosa para quien es investigado; tal concepto ha sido desarrollado por la doctrina, que sobre el particular se ha manifestado indicando que, durante el desarrollo de toda la actuación procesal penal se debe permitir a la persona acceder a la prueba que lo relaciona con los hechos que se investigan, no permitir lo anterior, desnaturaliza la actuación penal, luego que “la defensa material y técnica deben garantizarse en todo momento y a toda hora; de no ser así el ejercicio de la defensa es inocuo y el sindicado se tornaría un objeto del derecho, donde sus derechos se verían amenazados por la actividad estatal”. (González, 2010, pág. 75).

Visto lo anterior, no permitirle acceder a los medios de conocimiento recopilados por la Fiscalía, es imposibilitar el ejercicio del derecho a defenderse, luego que en primera medida va en contra vía de los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte IDH, entre ellos el Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, precedente en el cual la Corte consideró que el Estado parte no le permitió al señor Palamara Iribarne ejercer su derecho a defenderse de manera integral al no permitirle acceder a las pruebas practicadas durante la etapa inicial del proceso penal, en igual sentido no se le permitió presentar pruebas.

En el caso *Cabrera García vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, la CIDH resaltó el derecho del inculpado a acceder al expediente en su contra, la Corte sostuvo lo siguiente:

156. Por otra parte este Tribunal considera que una de las garantías inherentes al derecho de defensa es contar con el tiempo y los medios adecuados para la defensa, lo cual obliga al Estado a permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra (*Cabrera García vs. México*)

Véase como esta colegiatura convencional, interpretando el acápite 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, manifiesta que es una garantía del indiciado ejercer el derecho de defensa de manera intemporal, indicando que esta se debe poder ejercer desde que señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible, no permitirlo restringe su eficaz ejercicio, sobre el particular se dijo:

194. Esta Corte ha establecido que el derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso. Sostener lo opuesto implica supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado se encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.

195. Por todo ello, el artículo 8.2.b convencional rige incluso antes de que se formule una “acusación” en sentido estricto. Para que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculcado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública. (Caso J. vs. Perú)

En conclusión, no se puede pensar que una defensa ideal es aquella que se desarrolla a ciegas, en donde el indiciado no tiene la oportunidad de ejercer la contradicción constitucional en todo momento y en cualquier fase, pues el oportuno ejercicio del derecho a la defensa y el acceso a las pruebas que se usan o pretenden usarse en contra de la persona no pueden restringirse en desmedro de las garantías del inculcado a exclusivas etapas del proceso penal.

2.1. Principio de igualdad de armas como garantía del derecho de defensa

La igualdad de armas, se entiende como aquella posibilidad que tiene la persona que se encuentra inmersa en un proceso penal de equiparar las cargas respecto de su acusador, prerrogativa que sin lugar a dudas integra el debido proceso y el derecho de defensa, sin embargo, este derecho resulta meramente retórico, si a la defensa no le asisten las oportunidades adecuadas para desvirtuar y controvertir las actuaciones que en secreto permite la ley que adelante la Fiscalía, esto es cuando existe reserva de los medios de conocimiento recopilados por la Fiscalía en la etapa de indagación. Sobre el principio de igualdad de armas y su ejercicio en torno a las facultades defensivas se ha indicado lo siguiente;

Desde un punto de vista parcial, pero correcto, se ha definido al procedimiento judicial como un método para conocer la verdad. Es por ello que, para que se pueda hablar de igualdad de posibilidades en relación con la decisión que pone fin al procedimiento, cuya misión -aunque parcial- es, precisamente, fijar los hechos averiguados durante el procedimiento, resulta necesario garantizar al imputado las mismas facultades, para influir sobre la reconstrucción fáctica, que las reconocidas al ministerio público, es decir, idénticas posibilidades para influir sobre la recepción y valoración de la prueba. (Maier 2002, pág. 585).

Si uno de los pilares de la sistemática procesal acusatoria es la igualdad de armas, entendido como un equilibrio facultativo entre las partes, entonces no debe existir para la defensa reserva de los medios de conocimiento recopilados por la Fiscalía en la etapa de indagación, esa igualdad de armas se debe materializar en todas las etapas del proceso y no solo al finalizar el acto jurisdiccional de formulación acusación para entregar el acervo probatorio a la defensa, como se estableció en el artículo 344 de la ley 906 de 2004, luego que tal situación desnaturaliza y ponen en desventaja el ejercicio de una defensa material y técnica de manera integral (Otero, 2014, p. 178).

Tal situación, repercute en el indiciado al momento de decidir sobre la aceptación o rechazo de la formulación imputación, pues no conoce la realidad de su proceso, no sabe con qué evidencia cuenta la Fiscalía para sustentar su imputación, obligando al ser humano a adivinar sobre una situación que repercute en el futuro; según datos recolectados por Castro (2016), la formulación de imputación es la etapa procesal en la que más se desconoce el principio de igualdad de armas, luego que al indiciado, al momento de decidir sobre la aceptación de los cargos en la formulación de imputación, no se le permite tener acceso a los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en los que la Fiscalía sustenta el acto de imputación.

Esto sin poder ignorar que el derecho a la contradicción, como uno de los pilares de garantías del procesado, solo se puede hacer efectivo si se conocen los elementos que se utilizarán en su contra, así como se cuenta con el tiempo adecuado para el estudio y recolección de elementos que permiten al procesado oponerse a estos, situación que bajo el sistema procesal actual no se respeta.

Sin lugar a dudas, el principio de igualdad de armas y de contradicción se materializa de mejor manera si el defensor y el indiciado tienen acceso a los medios de conocimiento desde la indagación preliminar, a fin de garantizar el principio de contradicción desde la etapa gestacional del proceso y no como se mencionó en el artículo 15 de la Ley 906 de 2004, “en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia” (Art. 15. Ley 906 de 2004), ya que, si esto bien permite la contradicción en el juicio,

desprovee a la defensa de ejercer su derecho constitucional en las etapas previas, momentos en los cuales se toman decisiones que afectan sus garantías legales y constitucionales.

No puede ser de aceptación constitucional que el principio de igualdad de armas y de contradicción se garanticen de manera exclusiva en sede de juicio, materializarlo a favor del indiciado, en la etapa inicial del proceso penal, de forma real y no utópica.

Debe advertirse que, si el binomio conformado por el indiciado y su defensor técnico tiene acceso en la fase de indagación a la evidencia física, los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida que sustentan su futura imputación y acusación, “la defensa podrá considerar la posibilidad de un allanamiento a la acusación o prever como alternativa, la suscripción de un preacuerdo que le suministre alguna ventaja frente a una eventual condena”. (Urbano, 2010, pág. 62)

2.2. Precedente Jurisprudencial de la Corte Constitucional en garantía del derecho de defensa en la fase preliminar.

El derecho que tiene el indiciado a materializar su defensa técnica y material dentro de un proceso penal, se le ha asignado desde la carta política un rango constitucional de aplicación inmediata, enunciado en el artículo 85 de la Constitución.

El máximo órgano constitucional en la sentencia C-799 de 2005, ha resaltado la importancia de este derecho a la defensa, sosteniendo que:

La correcta interpretación Constitucional del derecho de defensa implica que no tiene un límite temporal. Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada, a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga. Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa. No es de relevancia para el ordenamiento Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá, es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional ha defenderse. En conclusión, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra, tenga ésta el carácter de pre-procesal o procesal, es potenciar los poderes investigativos del Estado sin razón Constitucional alguna en desmedro del derecho de defensa de la persona investigada.

Es de resaltar que no solo se garantiza la defensa al indiciado ejerciendo las facultades que indica el artículo 15 y 267 de la ley 906 de 2004, requiere el indiciado tener acceso a los medios de conocimiento para poder ejercer en términos materiales una contradicción en la etapa inicial del proceso y por ejemplo buscar que se archive la indagación previa en su contra en los términos del artículo 79 de la obra procesal o de la mano con la Fiscalía solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento, efectivizando de esa manera el derecho a la defensa material y técnica, así como otros principios procesales propios de un estado social democrático y de derecho (acceso a la justicia, celeridad, entre otros). indica esto mayor justificación constitucional la viabilidad de acceso en la etapa gestacional y de esa manera existe una garantía óptima de defenderse.

La Corte Constitucional en la sentencia C- 599 de 2019 estudió la constitucionalidad del artículo 22 de la Ley 1908 de 2018, artículo que adiciono el artículo 212B a la Ley 906 de 2004, indicando que “la indagación será reservada. En todo caso, la Fiscalía podrá revelar información sobre la actuación por motivos de interés general” (Art. 212B. Ley 906 de 2004).

Importante resulta indicar que la Ley 1908 de 2018 ha sido creada por el legislador para fortalecer la investigación y judicialización de organizaciones criminales y en ese contexto se desarrolló el mencionado precedente jurisprudencial. Indicó la Corte Constitucional que la reserva a la indagación enunciada en el artículo 22 de la Ley 1908 de 2018 no puede aplicarse de manera generalizada y tal situación solo puede ser aludida:

Frente a documentos o datos personales que comprometan la vida o la integridad física de testigos, víctimas o funcionarios encargados de la investigación o documentos que atenten contra los programas metodológicos de investigación de la Fiscalía General o la seguridad nacional, pero no frente al hecho mismo del inicio de la indagación. (Corte Constitucional C- 599 de 2019)

Bajo la anterior premisa la Corte Constitucional mantiene la reserva de la actuación penal en sede de indagación penal, aclarando que la persona indagada puede solicitar a la Fiscalía General de la Nación información referente a los hechos que se investigan y a enterarse del inicio de una indagación en su contra.

3. Intemporalidad del derecho de defensa material y técnico en el proceso penal

Como he precisado al interior de este artículo de investigación, la garantía procesal que le asiste a la persona de defenderse se ejerce a lo largo de todo el proceso penal, desde el inicio hasta su culminación, y dicha actividad debe ejecutarse en dos formas aquel ejercido por el indiciado, también conocido como defensa material y por otro lado, aquel materializado por un profesional del derecho conocido como derecho a la defensa técnica;

dicho carácter intemporal se fundamenta en que no se le puede vedar a una persona que está siendo investigada por el Estado a poner en marcha actuaciones enmarcadas a controvertir la acción penal en su contra.

Esta garantía comprende entonces un derecho universal que arroja circunstancias esenciales del Estado Social de derecho como son el respeto por la dignidad humana y la libertad del ser humano, principios rectores de la constitución política y de la Ley 906 de 2004, a través del cual el legislador garantizó que la persona sea sujeto del proceso penal y no objeto de este (Quiroga C. 2017, Pág. 59).

Obsérvese que la carta política constitucional de 1991, ni la normativa convencional, tampoco los tratados internacionales de Derechos Humanos le han delimitado temporalmente al sujeto pasivo del proceso penal ni a su defensor ejecutar del derecho de defensa, luego que se ha entendido el derecho a defenderse como una garantía para el ser humano, materializada en múltiples tratados de derechos humanos en los que el Estado desarrolla valores esenciales como el de la libertad personal, la igualdad y la justicia.

La facultad de controvertir la existencia de motivos fundados no solo es una posibilidad sino un derecho exigible por quien es o ha sido objeto de restricción de sus derechos fundamentales dentro de una acción penal que se surta en su contra; puesto que de poco le sirve a un ciudadano tener un derecho o estar protegido por una salvaguardia jurisdiccional si no se le concede la facultad o la opción para exigirlo; esta facultad se encuentra inmersa en el derecho a la defensa que constitucionalmente se prevé a lo largo y ancho de la acción penal sin que su fragmentación en fases pre procesales o procesales permitan su exclusión. (Pava, 2009, pág. 42)

En virtud de todo lo anterior y sumado a todas las garantías que tiene la defensa material y técnica; se encuentra que es adecuado y acorde a los tratados internacionales permitir el acceso a los elementos de prueba con un tiempo adecuado y razonable al procesado en etapas previas a la de juicio, no debiendo existir una reserva absoluta, pues desde un marco Constitucional y legal el indiciado, si se le permite tener acceso a los medios de conocimiento recopilados por la Fiscalía ejercería un verdadero derecho de defensa.

3.1. Facultad del indiciado de ejercer el derecho de defensa en la etapas previas al juicio ante la Fiscalía General de la Nación

En sentencia de constitucionalidad, C-025 de 2005, el máximo órgano constitucional reiteró que el derecho a defenderse dentro de un proceso penal no debe verse restringido temporalmente, luego que dicha garantía procesal surge desde que el ciudadano objeto de la acción penal se entera que el Estado le adelanta un proceso penal en su contra y culminando

al momento en que la sentencia se encuentra totalmente ejecutoriada. No permitir tal situación desequilibra los extremos procesales y “deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”. (Salazar, 2012, pág. 535-536)

En la génesis del proceso penal sobrevienen situaciones en las que el indiciado requiere desplegar actos de defensa, como cuando el órgano acusador ordena un allanamiento de su vivienda u oficina, o recoger elementos probatorios para afrontar la audiencia de formulación de imputación o imposición de una medida de aseguramiento, e indiscutiblemente para cuando es sorprendido por una orden de captura.

En ese sentido, los presupuestos desarrollados en el artículo 267 y 8° de la Ley 906 de 2004, son insuficientes a la hora de garantizar el derecho de defensa, el cual no se ejerce en plena igualdad respecto de la fiscalía y de la víctima, interviniente especial que según el artículo 137 de la ley 906 de 2004, tiene vedado acceder a los medios de conocimiento de la Fiscalía y aportar otros medios de conocimiento para la estructuración del delito.

Es posible pensar que equiparar las cargas en la etapa inicial del proceso penal entre defensa y fiscalía iría en contravía de la función constitucional para el que fue creado el órgano acusador del Estado “realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio” (Cons. Pol. Art. 250), porque se frustrará la probabilidad que existe para recaudar elementos materiales probatorios, luego que informar al indiciado que existe un proceso penal en su contra puede frustrar la tarea investigativa de la Fiscalía y seguramente quien tiene en marcha un plan criminal eliminará las evidencias o cambiará el rumbo de estas para no ser detectado.

Tal situación sin embargo no es óbice para privar de posibilidades a la persona de ejercer su derecho de defensa en la etapa inicial del proceso, luego que el legislador puede encontrar mecanismos que no entorpezcan los fines de la Fiscalía y a su vez garanticen el derecho a la defensa.

El legislador podría tamizar esta situación a procesos que se indaguen por conductas delictivas menores, en el que los hechos sucedieron una única vez y en el que la prueba no requiere de mayor esfuerzo para ser recaudada y preservada. Contrario sensu puede reservarse la entrega de los elementos probatorios a la defensa cuando la conducta investigada se está cometiendo al tiempo en que se desarrolla la investigación y que por la gravedad de las conductas investigadas se requiere de actos de investigación urgentes como allanamiento de una vivienda que demanda mayor cautela, y en este caso una vez se realiza el acto sorpresa los elementos materiales probatorios pueden estar a disposición de la defensa luego que la reserva requerida para el cumplimiento de los fines de la Fiscalía ha desaparecido.

Otras alternativas para equilibrar el deber constitucional impuesto al ente acusador con el ejercicio del derecho a la defensa podrían consistir en la concreción del interrogatorio del procesado dentro del proceso como figura obligatoria en la etapa de indagación, donde se de a conocer a la parte los elementos en su contra, o la obligación de un descubrimiento

dentro de la imputación de cargos acompañado con la posibilidad de un control material de las actuaciones.

Lo anterior garantizaría al indiciado el derecho a defenderse en la etapa de indagación, promulgando el principio de igualdad de armas dentro del proceso penal, la contradicción y la reserva requerida por el Estado para combatir el crimen.

La doctora Fernández (2016) ha referido que constituir para la defensa una reserva sobre las pruebas recolectadas en su contra, genera una vulneración a las garantías judiciales, entre ellas la garantía de publicidad, luego que no puede permitirse en un Estado Social de Derecho, restringir la posibilidad al indiciado defenderse desde el primer acto de investigación, trascendiendo de una actuación penal garantista de derecho fundamentales a una actuación penal arbitraria.

Al no existir prohibición legal a la defensa para acceder a los elementos constitutivos de su expediente, la restricción al derecho de defensa en sede de indagación genera un perjuicio sustancial a la persona investigada, que a todas luces es irrazonable y desproporcionada.

Conclusiones.

Este artículo de investigación evidenció una situación de relevancia constitucional, luego que, la prohibición de acceso a la defensa técnica y material a los medios de conocimiento recopilados por el ente acusador en etapas previas al juicio vulnera el derecho constitucional al debido proceso (art. 29), con repercusión en el derecho a la defensa y el acceso a la administración de justicia del indiciado, cuando se mantiene por parte de la Fiscalía General de la Nación una postura negativa a permitir el acceso a la defensa de los medios de prueba recopilados en la etapa inicial del proceso.

El derecho de defensa es un derecho fundamental consagrado en la Constitución y la ley, y este se ejerce de mejor manera cuando al indiciado se le permite preparar su defensa teniendo acceso a los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en cualquier etapa del proceso penal.

Es necesario que al indiciado se le permita tener acceso a los medios de conocimiento para poder ejercer en términos materiales una contradicción etapas previas al juicio, y como consecuencia de ello, empleé los medios para ejercer su defensa.

Permitir el acceso a los elementos materiales probatorios, evidencia física e información a la defensa, obtenida en la fase de indagación, garantizaría el cumplimiento de los fines por los cuales fue creada en Colombia la Ley 906 de 2004, entre otros, el principio de publicidad, el cual se torna prevalente en la actuación penal. De igual manera, se estimula la justicia premial, pues quien tiene la calidad de indiciado, gozaría de la posibilidad de

negociar con la Fiscalía General de la Nación a través de la figura del principio de oportunidad, establecer preacuerdos o aceptar los cargos de manera unilateral en la audiencia de formulación de imputación.

Una de las formas de equiparar la posición entre el acusador y la defensa, es sin duda garantizar el derecho a la defensa conociendo los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente a la defensa obtenida en la fase de indagación, lo anterior dotaría a la defensa de facultades propias que encumbrarían el debido proceso y el principio de igualdad de armas.

Referencias.

1. Bernal, C., Montealegre, E. (2013). Estructura y Garantías Procesales en el Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia Sexta Edición.
2. Binder, A., Cape, E., Namoradze, Z., (2015). Defensa penal efectiva en América Latina, Bogotá D.C, ediciones Antropos Ltda.
3. Bernal Castro, CA & Moya Vargas, MF (2015). Libertad de expresión y proceso penal. Bogotá: Universidad Católica de Colombia
4. Botero, N. (2017). Procedimiento penal acusatorio. Bogotá D.C. Editorial Leyer.
5. Carnelutti, F. (1950). Temas de derecho procesal penal. Bogotá D.C. Editorial Leyer.
6. Castro, E. (2016). principio de igualdad de armas en la ley 906 de 2004: percepción de los defensores públicos de Cundinamarca Revista NOVUM IUS, ISSN: 1692-6013 • E-ISSN: 2500-8692, Volumen 11.
7. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206
8. Claria, O. (2008) Derecho procesal penal Tomo I, 1ª Edición, Santa fe, Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni.
9. Creus, C, (2010) Derecho procesal penal, Editorial: Astrea, Buenos Aires, Argentina.
10. Corte Constitucional de Colombia. (19 de enero de 1999) Sentencia T-589 de 1999 [M. P. Cifuentes Muñoz, Eduardo].

11. Corte Constitucional de Colombia. (28 de mayo de 2008) Sentencia C-536 de 2008 [M. P. Rentería Araújo, Jaime].
12. Corte Constitucional de Colombia. (2 de agosto de 2005) Sentencia C-799 de 2005 [M. P. Tafur Galvis Álvaro].
13. Díaz, E., Ochoa, C. Roxin, C. (2019) Proceso Penal Acusatorio, Editorial Flores, Ciudad de México
14. Edwards C. (1996). Garantías constitucionales en materia penal. Buenos Aires, Argentina 1ª Ed. Astrea.
15. Fleming A. (2008). Garantías del imputado, Abel Fleming y Pablo López Viñals, 1ª edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Rubinzal- Culzoni.
16. Fernández, J. (1998). Principios y normas rectoras del derecho penal, Bogotá D.C. Editorial LEYER.
17. Fernández L, W. La publicidad, garantía de garantías. [en línea]. 28 de marzo, [fecha de consulta: 7 marzo 2016]. Tomado de <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Opinion/la-publicidad-garantia-de-garantias.asp?Miga=1>.
18. González, A. (2019). La Defensa Penal En El Proceso Penal Acusatorio Colombia. Editorial Leyer.
19. González, A. (2019) La imputación en el proceso penal, Bogotá, Colombia. Editorial Leyer.
20. Jauchen, E. (2012) Tratado de derecho procesal penal, Santa Fe, Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni.
21. Maier J., (2002) Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos. Editores del Puerto. Buenos Aires – Argentina.
22. Manzini, V. (1951) Tratado de derecho procesal penal, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ejea.
23. Otero. I.A. (2014) Ineficacia del ejercicio del derecho a la defensa técnica en el proceso penal a la luz del principio de igualdad de armas. Temas de Defensa Penal. (Tomo I). Bogotá. Imprenta Nacional de Colombia.

24. Pava, M. (2009), La defensa en el sistema acusatorio, ediciones jurídicas, Bogotá D. C., Colombia.
25. Palacín, C.M., (2001). Proceso penal: el derecho de defensa desde la óptica de los valores supremos del ordenamiento constitucional. Buenos Aires – Argentina, Editorial Astrea.
26. Quiroga Corte M. P. (2017) El imputado como objeto de prueba Intervenciones, registros e inspecciones corporales en el Proceso Penal argentino. Universidad de Sevilla.
27. Reyes M. C., (2009) Técnicas del proceso oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, Manual General para Operadores Jurídicos Segunda Edición, USAID/Colombia.
28. Steiner C. & Uribe P. (2014) Convención Americana Sobre Derechos Humanos Comentario. Bogotá D.C., Editorial Temis
29. Vásquez, J. La defensa penal, cuarta edición actualizada. Santa Fe. Argentina. Rubinzal- Culzoni.